

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



JUZGADO SÉPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO. 13001-40-03-007-2021-00042-00

ACCIONANTE: CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ.

ACCIONADO: ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS -DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO.

VINCULADOS: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD – DADIS, COLPENSIONES, y ALEXANDER CASTRO PINEDA

Cartagena de Indias, dieciséis (16) de febrero del año Dos Mil Veintiuno (2021).-

OBJETO DE DECISIÓN

Procede este Despacho judicial a resolver la acción de tutela de la referencia por la presunta violación a los derechos fundamentales a la Estabilidad Laboral Reforzada del Estado, Debilidad Manifiesta por Motivos de Salud, al Mínimo Vital, a la Vida en Condiciones Dignas y Justas y a la Seguridad Social del señor CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ, actuando en nombre propio en contra de la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS -DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO.

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante que desde el día 19 de enero del año 2007, tiene la calidad de Profesional Especializado Código 222 Grado 45, desempeñando funciones de Coordinación de Talento Humano. Que a razón del concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante proceso de Selección N° 771 de fecha 16 de octubre de 2018, el señor Alexander Castro Pineda fue justamente seleccionado para la provisión del cargo que este anterior viene desempeñando.

Que se expidió la Resolución N° 1060 de fecha 16 de septiembre de 2020, mediante la cual se efectuó un nombramiento en periodo de prueba del señor ALEXANDER CASTRO PINEDA, y se ordenó la terminación de la vinculación al cargo que venía desempeñando el señor CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ.

Que el señor Castro Pineda, solicitó una prórroga de 90 días, por lo que aún no se ha materializado dicha resolución, y que la misma fue aceptada mediante Resolución N° 4333 de octubre 2020.

Describe el accionante que actualmente, su vinculación con la Alcaldía Mayor De Cartagena, es a razón de una incapacidad médica debido a la intervención quirúrgica consistente en el REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA, el cual se llevó a cabo el pasado 16 de enero del 2021, generándose una incapacidad inicial de 30 días, con fecha de inicio 16 de enero de 2021 y fecha de terminación 14 de febrero de 2021.

Relata que cuenta con todos los requisitos de ley para solicitar la pensión de vejez, pero que se encuentra actualmente en el trámite de hacer el traslado de régimen pensional. Que a razón de esta solicitud, se generó una *Litis* que culminó favorablemente a sus intereses, mediante sentencia judicial de fecha 25 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, y confirmado a su vez por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia de fecha 26 de junio de 2020. Por lo que, una vez se materialice formalmente el traslado de régimen pensional, procederá a radicar la solicitud de Pensión por Vejez.

Por lo que mediante derecho de petición presentado a la ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA, solicitó que se abstuviera de materializar el reemplazo del suscrito,

hasta tanto, se ordenara el reconocimiento, pago e inclusión en nómina de pensionados del suscrito, obteniendo respuesta en virtud de oficio AMC-OFI-0004172-2021 de fecha 20 de enero de 2021.

Concluye el accionante que si bien es cierto es cierto, al momento en que fue expedida la resolución N° 1060 de fecha 16 de Septiembre de 2020, no se encontraba en estado de incapacidad, no es menor cierto que, en virtud de la prórroga solicitada por el señor CASTRO PINEDA por (90) días hábiles, que se cumplen el próximo 12 de febrero hogañó. Su incapacidad médica se culmina el próximo 14 de febrero de 2021. Siendo así, el periodo de su estado de incapacidad, sobrepasa o supera, el periodo de vencimiento de la prórroga solicitada, lo cual lo ubica en estado de DEBILIDAD MANIFIESTA POR MOTIVOS DE SALUD, circunstancia que amerita especial protección constitucional.

Posteriormente, el accionante presenta escrito en fecha 8 de febrero de 2021, donde manifiesta que la accionada le informó acerca de la terminación de su provisionalidad a partir del día 8 de febrero de 2021, por lo cual solicita nuevas pretensiones y allega nuevas pruebas como es la prórroga de su incapacidad por 30 días más.

PRETENSIONES

Solicita el accionante que se amparen los derechos fundamentales a LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA POR MOTIVOS DE SALUD -AL MÍNIMO VITAL-A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-A LA SEGURIDAD SOCIAL

En consecuencia, se ordene a la accionada reintegrarlo al cargo que venía desempeñando, hasta tanto se ordene el reconocimiento y pago de mi pensión de vejez y la correspondiente inclusión en nómina, o al menos durante el tiempo que duren sus incapacidades.

Asimismo, que se ordene a la accionada el pago de la indemnización prevista en el art. 26 de la ley 361/97, teniendo en cuenta que tenía pleno conocimiento del estado de incapacidad del accionante y aun así ordenó su desvinculación, sin contar con la autorización del Ministerio del Trabajo.

ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído de fecha 25 de enero del año 2021, se dispuso admitir la presente acción de tutela, concediendo a la parte accionada, ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS -DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO, el término de dos (2) días, a fin de que rindiera informe sobre los hechos que son materia de tutela. Posteriormente, mediante del 5 de febrero de 2021, se decretó la nulidad de lo actuado y se ordenó la vinculación del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD – DADIS, COLPENSIONES, y ALEXANDER CASTRO PINEDA.

INFORME DE LA ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA:

Mediante memorial recibido por este despacho, describe la entidad que la presente acción de tutela no es procedente. En vista que, las actuaciones adelantadas por el Distrito de Cartagena han sido acorde al procedimiento establecido para los concursos de méritos delineados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Describen que el artículo 125 constitucional, manifiesta que la obligatoriedad de que las personas que se encuentren nombradas en cargos de carrera administrativa sean aquellas que hayan superado el respectivo concurso de mérito, mas, bajo ningún entendido se han transgredido disposiciones legales que puedan atentar contra el derecho del actor, de modo que su vinculación era de carácter provisional y está sujeto a la provisión definitiva del mismo.

Por lo que manifiestan que, consideran improcedente la acción de tutela debido a que el caso en mención no se encuentra dentro de las situaciones legales en

donde se pueda reubicar en otro empleo, debido a que actualmente no cuentan con vacantes en los cuales pueda disponer de su nueva vinculación luego que se materialice la posesión del nombrado en propiedad.

Así mismo describen, que el hoy accionante, no es sujeto de protección debido a que no se encuentra en el listado de trabajadores con requisitos para ser pre pensionados, dado que se trata de un sujeto pensionable por cumplir con la totalidad de los requisitos de ley para obtener la pensión de vejez.

Manifiesta que el señor CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ, fue nombrado mediante Decreto No. 0105 del año 2007 para desempeñar el cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 45. Que el mismo gozaba de estabilidad relativa del empleo, por lo que la jurisprudencia ha establecido en diferentes oportunidades que estar sujeto el cargo mientras que no se presente alguna de las siguientes situaciones:

1. La provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de mérito respectivo.
2. La imposición de sanciones disciplinarias
3. La calificación insatisfactoria
4. U otra razón específica atinente al servicio que está prestando y deberá prestar el funcionario concreto.

Siendo la primera de las anteriores, el caso en concreto.

Que teniendo en cuenta lo anterior, el señor ALEXANDER CASTRO PINEDA, mediante Decreto No. 1060 del 16 de septiembre del año 2020, se nombró en periodo de prueba al mismo para desempeñar el cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 45. Y en consecuencia se da por terminado el nombramiento en provisionalidad realizado al hoy accionante, indicándose que la misma tendrá sus efectos una vez se materialice la posesión del primero.

Que el señor CASTRO PINEDA, presento su aceptación dentro de los 10 días hábiles del que trata el artículo 2.2.5.1.6 del decreto 1083 del año 2015, pero solicitando una prórroga por 90 días. La cual fue aceptada mediante resolución No. 4333 del 1 de octubre del año 2020. Lo que significa que la misma se termina el día 9 de febrero del año 2021.

Con lo anterior, manifiesta la entidad, que se evidencia que la desvinculación se encuentra debidamente motivada en las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales. Por lo que consideran que no ha sido una manifestación arbitraria de la entidad.

Teniendo en cuenta la condición de protección que manifiesta el actor, esta entidad describe que, según el artículo ARTÍCULO 2.2.5.3.2. del decreto 498 del año 2020 en su parágrafo 2 y 3

PARÁGRAFO 2º. Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de pre pensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

PARÁGRAFO 3. Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se **encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes**, y para los cuales

cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

Que según la hoja de vida, el actor cumple con 58 años de edad y se encuentra cotizando en el sistema de pensiones Porvenir S.A. y que cuenta con 1.501 semanas cotizadas, lo que indica que tiene consolidadas las semanas mínimas cotizadas para hacerse acreedor de la pensión de vejez que otorga el Régimen de Ahorro individual y el Régimen De Prima Con Prestación Definida. Y que se hace este análisis, debido a que ha manifestado el actor que se encuentra en discusión su afiliación, pero que con dichos requisitos puede aplicar para la pensión de vejez en ambos regímenes. Por lo que evidencia esta entidad que el accionante no es sujeto de protección y que no se le han vulnerado sus derechos fundamentales.

Por lo que solicitan la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por no existir violación de derechos fundamentales contra el accionante.

INFORME DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD – DADIS:

Manifiestan que dicha dependencia no tiene capacidad nominadora y por tal no tienen competencia para nombrar funcionarios ya sea en provisionalidad o propiedad, ni de resolver conflictos de carácter laboral, cuya competencia esta en la Alcaldía Distrital de Cartagena, en cabeza de la Dirección Administrativa de Talento Humano. Por lo anterior, solicitan la desvinculación.

INFORME DE COLPENSIONES:

Indica la entidad que Colpensiones no corresponde al Fondo de Pensiones donde el ciudadano realiza sus cotizaciones, ya que fue trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 1 de noviembre de 1994, partiendo de ello, las pretensiones objeto de la acción constitucional no pueden ser resueltas por Colpensiones, por no resultar de su competencia administrativa y funcional. En razón de lo anterior, solicita la desvinculación.

Por su parte, el Sr. ALEXANDER CASTRO PINEDA, no presentó contestación.

PRUEBAS:

Parte accionante:

- Copia registro Civil de Nacimiento.
- Copia Historia Laboral.
- Copia decreto N° 1060 del 16 de septiembre de 2020.
- Copia de Decreto N° 4333 de fecha 1 de octubre de 2020.
- Copia Oficio AMC-OFI-0082168-2020 de fecha 17 de septiembre de 2020.
- Copia Informe Médico. 02-12 de 2017 operación rodilla derecha.
- Copia oficio EXT-AMC-20-OO47357 de fecha: 20-Ago-2020 notificándole a la accionada de los trámites judiciales de traslado de régimen pensional.
- Copia fallo Tribunal Superior de Bogotá.
- Auto de obediencia del Juzgado 3 laboral de Bogotá de fecha 30 de septiembre de 2020.
- Historia clínica global 01-12-2011 / 09-12-2011.
- Informe médico: 22-12-2020 reemplazo total rodilla derecha.
- Certificado de Incapacidad / Licencia N° 0-28625313 Eps Sura.
- Copia Oficio AMC-OFI-0004340-2021 (Remisión de Incapacidad).
- Epicrisis 9093555. □ Copia oficio AMC-OFI-0004172-2021 de fecha 20 de enero de 2021.
- Certificado de Deuda Coasmedas.

- Correo electrónico de fecha 5 de febrero de 2021 sobre terminación de provisionalidad
- Prorroga de incapacidad de fecha 2 de febrero de 2021
- Orden medica de fisioterapia e informe médico.

Parte accionada

ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS -DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO

- Decreto 1060 del 16 de septiembre del año 2020
- Carta de Terminación del Vínculo laboral.
- Acta de posesión Asesor jurídico.

COLPENSIONES

- Historia laboral Directora acciones constitucionales
- Certificación Afiliación accionante

PROBLEMA JURÍDICO

Debe determinar el juzgado, si la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA, vulneró los derechos fundamentales deprecados por la parte actora, al dar por terminada su relación laboral con la accionante a pesar de estar próximo a pensionarse y encontrarse incapacitado.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Constitución Nacional dispone que *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí mismo o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la omisión de cualquier autoridad pública."*

Para resolver la controversia, este despacho acogerá la jurisprudencia constitucional y el marco legal relacionado con los siguientes aspectos: Primero: Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, Segundo: La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa Tercero: Estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse, Subsidiariedad de la Acción de tutela y Cuarto: Caso concreto.

1. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que desvinculan a funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad:

Sentencia T-326-2014

7.2. De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Esta acción se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o de existir no resulta eficaz, o (ii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así, entonces, la jurisprudencia constitucional ha entendido que por regla general la acción de tutela es improcedente cuando se solicita el reintegro de empleados públicos a sus cargos, pues para controvertir los actos administrativos por medio de los cuales la administración decide separarlos de los mismos, existe

la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, la cual desplaza a la acción de tutela.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de servidores públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados. Sobre este punto ha dicho la Corte:

“[...] como regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, pues en el ordenamiento jurídico está prevista la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego existe un medio de defensa judicial propio, específico y eficaz que excluye la prevista en el artículo 86 Constitucional. No obstante la Corte ha manifestado que, excepcionalmente ante un perjuicio irremediable, puede resultar procedente el amparo cuando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho resulta inadecuada para la efectividad de los derechos fundamentales violados, dada la situación que afronta el accionante”.

En consecuencia, estima esta Sala que el presente caso debe examinarse en perspectiva del amparo definitivo de los derechos, pues se pretende evitar la solución de continuidad entre el retiro del servicio de la accionante y su inclusión en la nómina de pensionados, lo que materialmente no podría lograrse en un proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta la duración del mismo. Sobre este aspecto señaló la Sala Novena de Revisión:

“Esa tesis se fundamenta en las siguientes premisas: el reconocimiento de un derecho pensional, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, debe darse en el término de 4 meses, y la inclusión en nómina de pensionados del interesado, en un término de 2 meses adicionales; de otra parte, según jurisprudencia constante de este Tribunal, la suspensión extendida en el pago de salarios, por más de dos meses, permite presumir la afectación al mínimo vital (SU-955 de 2000). En ese marco, para que el mecanismo judicial sea efectivo, debería asegurarse una respuesta en el término de 2 a 3 meses o, en cualquier caso, en un término inferior a 6 meses.

“No hace falta recurrir a estadísticas relacionadas con el nivel de congestión o la duración en promedio de un proceso judicial para asumir que difícilmente la respuesta al problema jurídico podría producirse en menos de 6 meses, pues esa situación puede considerarse un hecho notorio. Por lo tanto, en este escenario constitucional y, específicamente, si el propósito de la acción es evitar la solución de continuidad entre el pago de salarios y el pago de pensiones, los mecanismos judiciales alternativos (plausiblemente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho) carecen de efectividad suficiente para la protección de los derechos fundamentales amenazados”

Si bien el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra la posibilidad de que en todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde la misma demanda se solicite con la debida motivación, el decreto y práctica de medidas cautelares antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; por la novedad de esa jurisprudencia que apenas está formándose, pues todavía es muy reciente la norma, en la actualidad es difícil establecer con certeza el impacto y el grado de eficacia e idoneidad de dichos instrumentos judiciales para la protección de los derechos fundamentales de la accionante.

2. La estabilidad laboral de los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa

Sentencia T-464 de 2019

“No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dentro de las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad, pueden encontrarse sujetos de especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia, quienes estén próximos a pensionarse, las personas que se encuentran en situación de discapacidad o en debilidad manifiesta por causa de una enfermedad. En estos casos, la Corte ha afirmado que antes de proceder al nombramiento de quienes superaron el concurso de méritos, los funcionarios que se encuentren en provisionalidad deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de las posibilidades, deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando.

Es así como en la sentencia T-373 de 2017, la Corte concluyó que:

“Una entidad vulnera los derechos fundamentales a la salud y vida digna de un sujeto de especial protección que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, cuando con fundamento en el principio del mérito nombra de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, sin antes adoptar medidas afirmativas dispuestas en la Constitución y que materialicen el principio de solidaridad social, relativas a su reubicación en un cargo similar o equivalente al que venía ocupando, siempre y cuando se encuentre vacante”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada, en la medida en que no tienen derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues este debe proveerse a través del concurso de méritos. Por su parte, aquellos funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculado con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado el concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público.”

3. Estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse.

Tiene la condición de prepensionable toda persona con contrato de trabajo que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. En el caso de los prepensionados, la Corte ha protegido los derechos de estas personas cuando su desvinculación suponga una afectación de su mínimo vital derivada del hecho de que su salario y eventual pensión son la fuente de su sustento económico.¹

4. Subsidiariedad de la acción de tutela y la existencia de mecanismos para la resolución de controversias laborales.

La sentencia T-647 de 2015, se refirió de forma muy clara sobre el carácter residual de la acción de tutela, y la importancia de que, quien alegue la existencia de un perjuicio irremediable para la protección constitucional como mecanismo transitorio, se haga a los medios probatorios que permitan al juez reconocer tal amenaza inminente, como se pone de manifiesto a continuación:

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración. Sobre el particular, esta Corte ha precisado:

¹ Sentencia T-357 de 2016 M.P. JORGE IVAN PALACIO

Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.

Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales. (...)

4.2. *Así las cosas, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, esta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.*

4.3. *La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.*

CASO CONCRETO

Solicita la accionante que se ordene a la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA, que lo reintegre al cargo que venía desempeñando y se le condene al pago de los salarios dejados de percibir, por haber terminada su relación laboral.

Procedencia de la acción:

En primer lugar en torno al estudio de la procedencia de la acción, como se expuso en la parte motiva, se torna procedente la presente acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de la parte actora ante la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA, teniendo en cuenta que el accionante se encontraba en un estado de subordinación frente a la entidad, como empleado de la misma.

En cuanto al requisito de la subsidiariedad, se debate entonces si la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos y si en el evento de que sí contara con otro mecanismo de defensa judicial, el mismo resulta eficaz para defender sus derechos o si se utilizó la acción de acción de tutela como mecanismo para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora, con respecto al requisito de la inmediatez, el mismo se ha cumplido como quiera que la terminación laboral génesis de la presente acción constitucional se dio a través del Decreto No. 1060 del 16 de septiembre de 2020, y la terminación de la vinculación del actor se dio el día 8 de febrero de 2021 y la acción de tutela fue presentada el día 25 de enero de 2021.

Así las cosas, la acción de tutela se torna procedente para ser estudiada de fondo por esta judicatura en sede constitucional.

Análisis del caso concreto:

En primer lugar, es menester anotar que la relación laboral entre la accionante y la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA, se dio a través del Decreto No. 0105 de 2007, por medio del cual fue nombrado en provisionalidad, para desempeñar el cargo de Profesional Especializado código 222, grado 45 en provisionalidad el Departamento Administrativo Distrital de Salud, lo que se encuentra probado en esta sede constitucional, a través las documentales allegadas al expediente.

Entrando en materia, de conformidad con el artículo 33 de la ley 100 de 1993, los requisitos para obtener la pensión de vejez en el régimen de prima media para mujeres son: Haber cumplido 57 años y haber cotizado como mínimo 1.300 semanas, lo que se traduce en 25 años, teniendo en cuenta que para la contabilización de tiempos para efectos pensionales la misma legislación establece que debe entenderse por semana cotizada el período de 7 días calendario, en este orden de ideas y dentro del contexto antes referido, el año consta de 52 semanas para efectos de pensión.

Aterrizando al caso en concreto, avizora esta Judicatura que no se acreditan los requisitos establecidos en la jurisprudencia en cita sobre el estatus de prepensionado respecto a la actora, pues según las pruebas aportadas, nació el 23 de agosto de 1957, es decir a la fecha de la presentación de tutela tiene la edad de 63 años y de acuerdo los hechos de la tutela, el accionante cumple con todos los requisitos para adquirir la pensión, hecho que es afirmado por el accionado quien indica que en la actualidad el actor cuenta con 1.501 semanas cotizadas, es decir, que la edad y el número mínimo de semanas exigidas de cotización para obtener el derecho al disfrute de la pensión de jubilación o vejez ya lo tienes, pues ya las cotizó y se encuentra a la espera de que la entidad pensionadora COLPENSIONES reactive su afiliación al Regimen de Prima Media con Prestación definida, en cumplimiento de la sentencia del 25 de septiembre de 2019, del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, tal como se prueba en el expediente, por lo cual resta radicar la solicitud de pensión ante COLPENSIONES por lo que estima el despacho que el accionante no estaría dentro de las casusas excepcionales de la estabilidad laboral reforzada de un prepensionado, y es entonces el SGGSS, quien a través de la AFP COLPENSIONES, quien debe atender la atención en salud del prepensionado que ha dejado de laborar, e incluir las mesadas dejadas de recibir desde la fecha de retiro.

Acreditar los requisitos para pensionarse, se traduce en que la actora no se encuentra en riesgo de consolidar su expectativa pensional, y considera esta Judicatura que la accionante no es titular de la garantía de prepensión en los términos de la jurisprudencia de la estabilidad reforzada, en la medida en que la consolidación del derecho pensional no está sujeta a la realización de cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, como sucede en el caso de las personas que ostentan dicha calidad, que necesitan de la vinculación laboral para terminar sus cotizaciones. No se frustra el acceso a la pensión de vejez, dado que hace falta que COLPENSIONES reactive su afiliación y resuelva su solicitud pensional y esto puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente.

Por otro lado, se observa que el accionante fue sometido a una cirugía consistente en un REEMPLAZO TOTAL DE RODILLA, el día 16 de enero de 2021, lo cual generó una incapacidad de 30 días, la cual fue prorrogada desde el 16 de febrero de 2021 por 30 días más, encontrándose en recuperación y terapias físicas, conforme los documentos médicos aportados. Bajo ese entendido, es claro que, para la fecha de desvinculación, esto es, el 8 de febrero de 2021, el Sr. CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ, se encontraba con incapacidad vigente, encontrándose el accionante en un estado de debilidad manifiesta.

Ahora bien, como antes se expuso, conforme la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha sostenido que aquellas personas que se encuentran en provisionalidad y que son sujetos de especial protección constitucional gozan de

una estabilidad laboral reforzada, pero pueden llegar a ser desvinculados con el propósito de proveer el cargo que ocupan con una persona que ha ganado un concurso de méritos, pues se entiende que el derecho de las personas que se encuentran en provisionalidad cede frente al mejor derecho que tienen aquellos que participan en un concurso público, puesto que dicha estabilidad laboral de la que gozan todos los funcionarios públicos que se encuentran en provisionalidad es una estabilidad laboral relativa o reforzada.

Así, en estos casos en que el empleado sea un sujeto de especial protección, deberán ser los últimos en removerse y en todo caso, en la medida de lo posible, deben vincularse nuevamente de manera provisional, siempre y cuando existan cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que se venían ocupando.

Así las cosas, en el caso concreto, revisadas las pruebas obrantes se avizora que a través de Acuerdo No CNSC-20181000006476 del 16 de Octubre de 2018, la CNSC da cuenta de la convocatoria a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa a la Alcaldía de Cartagena y que, una vez agotadas las etapas del proceso de selección, se conformó la lista de elegibles para proveer el empleo de Profesional Especializado código 222, grado 45, que ostentaba el accionante en provisionalidad.

De acuerdo a lo anterior, colige el despacho que la motivación del retiro del servicio del accionante está fundamentada y es razonable por lo que no se evidencia la utilización abusiva y arbitraria de una facultad legal para encubrir un trato discriminatorio, relacionado directamente con la circunstancia de debilidad manifiesta constitucionalmente protegida, respecto de su estado de salud al encontrarse incapacitado en razón a una cirugía.

Aunado a ello, en el informe de tutela explicó la entidad accionada que si se removió del cargo al accionante y no se procedió a una reubicación es debido a la inexistencia de más cargos vacantes para ello.

En ese entendido, el Juzgado puede acceder a la pretensión de la accionante de ordenar su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, pues esta decisión vulneraría los derechos fundamentales de ALEXANDER CASTRO PINEDA, quien accedió a esta vacante a través del concurso de méritos e iría en contra de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que reconoce la carrera administrativa como el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de empleos públicos. Tampoco es posible tutelar sus derechos en la medida en que está demostrado que la entidad no cuenta con más empleos vacantes por lo cual no es posible ordenar su reintegro, en los términos de la jurisprudencia constitucional antes referida.

No obstante se exhortará a la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, que a través de la DIRECCION ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO, continúe pagando los aportes de Seguridad Social en Salud del accionante, hasta que se le incluya en nómina de pensionados por parte de COLPENSIONES; de igual manera se ordenara a la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS -DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO, que realice todas las acciones que correspondan para que COLPENSIONES, previa solicitud del accionante CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ, ante la AFP, para que se consolide su derecho pensional, en los términos legales, así se dirá en la parte resolutive de este fallo.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos deprecados por CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ, contra la DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO ALCALDÍA

MAYOR DE CARTAGENA, solo por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: EXHORTAR a la ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA, para que a través de la DIRECCION ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO, continúe pagando a favor del accionante CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ, los aportes de seguridad social en salud, hasta que se incluya en nomina de pensionados por COLPENSIONES, de acuerdo con el derecho al reconocimiento de pensión que se le ha hecho en sede judicial.

TERCERO: ORDENAR a la ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS -DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE TALENTO HUMANO, que realice todas las acciones que correspondan para que COLPENSIONES, previa solicitud del accionante CARLOS ENRIQUE PINEDO PÉREZ, ante la AFP, para que se consolide su derecho pensional, en los términos legales.

CUARTO: Notifíquese a las partes la decisión adoptada, utilizando el medio más expedito posible. En caso de no ser impugnado el fallo, remítase a la Corte Constitucional el expediente para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE



ROCÍO RODRÍGUEZ URIBE
JUEZ

KDT

